



University of Groningen

Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht

Ancery, Alain; Pavillon, Charlotte

Published in:

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Other version

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Ancery, A., & Pavillon, C. (2014). Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht. Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 145(7026), 647-655.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

WPNR 2014(7026) Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht

Publicatie	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Aflevering	145 afl. 7026
Paginnummers	647-655
Publicatiedatum	12 juli 2014
Auteurs	Mr. dr. A.G.F. Ancery, Verbonden aan het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden. Hij schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. (A.Ancery@HogeRaad.nl); Mw. mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon, Als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. (c.m.d.s.pavillon@law.leidenuniv.nl)

Processuele aspecten van reflexwerking van consumentenrecht

1. Inleiding

De consument is een kleine, veelal zwakkere contractspartij. Consumenten worden dan ook extra beschermd wanneer zij rechtshandelingen aangaan met een professioneel optredende wederpartij.¹ Er zijn echter ook *niet*-consumenten die in hun relatie tot de wederpartij een eventuele procedure op achterstand beginnen: kleine ondernemers (kleine bedrijven/rechtspersonen of zelfstandigen/natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van beroep en bedrijf), maar ook stichtingen en verenigingen.² En toch is het consumentenbeschermende deel van het BW naar de letter van de wet niet op hen van toepassing. Dat is bepaald geen nieuw probleem en de oplossing voor dit soort gevallen is ook voorhanden: het toekennen van zogenaamde reflexwerking aan het consumentenrecht (paragraaf 2). Wessels wijdde hier in WPNR 1996/6240 reeds een bijdrage aan.³

Bijdragen over reflexwerking zijn steevast toegespitst op het materiële consumentenrecht. Juist de uitoefening van zijn rechten vormt voor de consument vaak een probleem. Waar zijn professionele wederpartij de regels van het spel kent (met name de *repeat players*) en zich deskundige bijstand van een procesvertegenwoordiger kan veroorloven, geldt dit vaak niet voor de gedaagde consument (die in veel gevallen niet eens in rechte verschijnt). Zijn recht op gesubsidieerde rechtsbijstand zal de komende tijd ook afnemen als de herijking van het kabinet met betrekking tot de gesubsidieerde rechtsbijstand doorgang zal vinden.⁴ Op het moment dat de consument in een juridische procedure wordt betrokken, kan een ongelijke verhouding in het civiele proces worden gecompenseerd door middel van (bijvoorbeeld) wettelijke vermoedens⁵, financiële prikkels⁶ en een actievare opstelling van de civiele rechter (paragraaf 3). Niet zelden zijn deze procesrechtelijke voordelen van Unierechtelijke komaf.⁷

Wat is nu echter de geboden aanpak als de rechter oordeelt dat een bepaling van consumentenrecht zich leent voor reflexwerking? Kan de 'procesrechtelijke bescherming' die aan consumenten wordt geboden dan ook worden doorgetrokken naar de kleine ondernemer? Of is deze verplicht om zelf de voor de toepassing van de consumentenbeschermende bepaling benodigde informatie over te leggen en zo nodig te bewijzen? Brengt reflexwerking van materieel recht in de rechtspraktijk zonder meer reflexwerking van processuele voordelen met zich? En is een dergelijke gevolgtrekking ook gerechtvaardigd (paragraaf 4)?

Er dient een balans te worden gevonden tussen noodzakelijke bescherming van zwakkere partijen en een vlot verlopend economisch verkeer (paragraaf 5). Het toekennen van extra bescherming heeft een prijs, een prijs waarvan het niet onwaarschijnlijk is dat deze zal worden verdisconteerd in het aangeboden product.⁸ Wanneer de balans te ver doorslaat in de richting van bescherming, werkt die

bescherming contraproductief.⁹ Bij het bepalen van de ruimte voor reflexwerking van consumentenbeschermende bepalingen en de reflexwerking van de daaraan gekoppelde procesrechtelijke bescherming van de consument zal hiermee rekening moeten worden gehouden.

2. Consumentenbescherming waar reflexwerking aan wordt gegeven

2.1. De ratio achter reflexwerking

Wij beogen in deze paragraaf geenszins een limitatieve opsomming te geven van alle in Nederland geldende consumentenbeschermende regels. Daarvoor verwijzen we graag naar andere werken.¹⁰ In het algemeen kan worden opgemerkt dat de consument - zijnde de niet in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf optredende partij - extra bescherming wordt toegekend wanneer hij een rechtshandeling aangaat met een sterkere wederpartij die wel optreedt in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf. Die sterkere positie van de wederpartij komt voort uit macht: sociaal, economisch of juridisch.¹¹

Dan een laag dieper. Het gros van de consumentenbeschermende bepalingen in ons BW is afkomstig uit EU-richtlijnen. Binnen de EU wordt consumentenbescherming op het vaandel gehesen om de volle bloei van de intracommunautaire handel te bevorderen. Waar consumentenbescherming binnen de EU dus vooral een eerste stap is op weg naar een door een consument aangegane (grensoverschrijdende) transactie (art. 114 VWEU),¹² vormt de bescherming in Nederland van oudsher veeleer een logisch uitvloeisel van het feit dat een consument zich op de markt begeeft en daar zaken doet met partijen die qua kennis en financiële mogelijkheden de consument ver overstijgen. Kortom, de ratio voor Unierechtelijke bescherming is vooral een economische, terwijl die bescherming in Nederland vooral wordt gezien als een sociale component van het recht. Bij de economische benadering kan al de vraag worden gesteld of het bieden van bescherming aan enkel de consument niet te beperkt is. Immers, van een extra bescherming van kleine professionele partijen kan ook een stimulans uitgaan voor deze partijen om grensoverschrijdend te handelen en daarmee kan de intracommunautaire handel worden bevorderd.

Wanneer de consumentenbescherming vanuit sociaal oogpunt wordt gezien - en daartoe rekenen wij gemakshalve ook maar even de *equality of arms*-gedachte van art. 6 EVRM¹³ - dan komt nog sterker de vraag op of de categorie 'consumenten' niet te beperkt is. Wezenlijke kennisachterstanden of grote verschillen in financiële mogelijkheden doen zich immers ook voor in het handelsverkeer tussen professionele partijen. In deze gevallen creëert reflexwerking van consumentenbeschermende bepalingen de mogelijkheid om aan kleine professioneel optredende partijen een gelijke vorm van bescherming te bieden als aan consumenten wordt geboden. Onder reflexwerking verstaan wij in deze bijdrage: het toekennen van de bescherming die wordt geboden door een bepaling van consumentenrecht aan niet-consumenten.¹⁴

Reflexwerking houdt in dat een consumentenbeschermende bepaling *reflecteert* op een (open) norm die *wel* van toepassing is op de B2B-verhouding (de open normen van art. 6:193b en 6:233 aanhef en onder a BW bijvoorbeeld). De consumentenbeschermende bepaling is 'indirect' van toepassing en kleurt de open norm als het ware in.¹⁵ Aldus kan aan een consumentenbeschermende bepaling - via de band van een aan een andere bepaling te ontleen open norm - een toepassingsbereik worden gegeven die ruimer is dan het bereik dat de wetgever voor ogen stond. Dat rechtvaardigt dan ook dat niet licht wordt overgegaan tot het toekennen van reflexwerking aan bepalingen van consumentenrecht.¹⁶

2.2. De toekenning van reflexwerking door de wetgever

Er zijn consumentenbeschermende bepalingen waarbij de wetgever de mogelijkheid van reflexwerking expliciet onder ogen heeft gezien.¹⁷ Zo overwoog de wetgever dat reflexwerking van art. 6:237 onder d BW "*niet uitgesloten is*"¹⁸, hetwelk overigens lijkt

te gelden voor de gehele zwarte en grijze lijst.¹⁹ Volgens Jongeneel hangt de reflexwerking van de onderdelen van de lijsten evenwel af van hun inhoud: van een beding dat een typisch consumentenbelang dient of een willekeurige grens trekt (art. 6:236 onder g BW bijvoorbeeld), zal geen reflexwerking uitgaan ten gunste van een wederpartij die niet sterk op een consument lijkt maar evenmin een ‘grote wederpartij’ is.²⁰ Overigens is in de praktijk aan veel bedingen op die lijsten nog nooit reflexwerking toegekend, maar aan art. 6:236 onder g BW wel en hierbij ging het niet om een op de consument gelijkende wederpartij maar om een eigenaar-reder.²¹

De mogelijkheden om reflexwerking toe te kennen aan een consumentenbeschermende bepaling beperken zich overigens niet tot bepalingen betreffende algemene voorwaarden. De minister heeft in het kader van de Implementatiewet oneerlijke handelspraktijken aangegeven dat de rechter, in afwachting van regelgeving ter bescherming van de kleine onderneming, in voorkomende gevallen mocht beslissen over de normerende werking van de Wet OHP.²² Bij colportage is minder duidelijk hoeveel ruimte er bestaat voor reflexwerking. In 1995 antwoordde de Minister van Economische Zaken op de vraag naar de beschikbare ruimte dat *“een uitbreiding van de werkingssfeer van de Colportagewet niet in de rede ligt. (...) Dit zou een te ver gaande belemmering van het normale handelsverkeer betekenen”*.²³ In 2008 stelde zijn ambtsgenoot van Justitie dat *“blijkens vaste rechtspraak over colportage gericht op de kleine ondernemer [door] de rechter van geval tot geval, rekening houdend met de concrete omstandigheden, [wordt beoordeeld] of de kleine ondernemer al dan niet wordt beschermd door de Colportagewet (zgn. reflexwerking)”*.²⁴

Ook bij colportage bestaat er dus ruimte voor reflexwerking, zo lijkt de wetgever aan te geven. De wetgever kiest er wel telkens bewust voor om de rechter de ruimte te laten om per geval te beoordelen of de betreffende partij, niet zijnde consument, in aanmerking komt voor een indirecte toepassing van de consumentenbeschermende norm via een open norm van bijvoorbeeld art. 6:162 BW.²⁵ Een herijking van de definitie van het begrip consument wordt uitdrukkelijk niet instemmend ontvangen.²⁶

2.3. De toekenning van reflexwerking door de rechter

De praktijk laat zien dat de rechter gebruik maakt van de ruimte die de wetgever hem biedt. Interessant is ook dat de rechter niet zelden afwijkt van het oordeel van de minister, althans op zijn minst van zijn suggestie dat de Colportagewet enige ruimte zou bieden voor reflexwerking. Recent overwoog het Hof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld dat geen enkele appelrechter reflexwerking van de Colportagewet heeft aanvaard. Voor een dergelijke reflexwerking is volgens het hof niet alleen onvoldoende steun in de parlementaire geschiedenis te vinden, ook wordt *“in andere, meer recente wetgeving (zoals de regeling consumentenkoop in artikel 7:5 e.v. BW) alleen bescherming (...) toegekend aan de consument zijnde de “natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”, terwijl een samenhangende bepaling met een open norm waarop reflexwerking bij de Colportagewet gebaseerd zou kunnen worden (...) er niet is”*. Volgens het hof kan *“die open norm niet gevonden (...) worden in de algemene wettelijke bepalingen betreffende dwaling (...), bedrog en misbruik van omstandigheden (...)”*.²⁷

Een aantal overwegingen valt op. De wetgever heeft de regeling expliciet beperkt tot natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dat gebeurt vaker. Op zichzelf behoeft dat reflexwerking van de consumentenbeschermende norm niet in de weg te staan, maar dan dient er - aldus het hof - wel een open norm te zijn binnen de regeling waar het om gaat (i.c. de Colportagewet) die ruimte biedt voor een dergelijke reflexwerking. Waar die open norm er wel is bij de regeling over oneerlijke bedingen, ontbreekt deze bij de bepalingen over colportage.²⁸ De laatste jaren zijn er door rechters in eerste aanleg echter ook een paar vorderingen tot ontbinding van slachtoffers van acquisitiefraude toegewezen op grond van de regeling van koop op afstand.²⁹ Deze tot de consumentenkoop beperkte regeling (art. 7:46a onder c BW) kent echter evenmin een open norm waar reflexwerking op uitgeoefend kan worden. Hier zit dus een opvallend verschil tussen de rechtspraak in eerste aanleg en

de rechtspraak in appel.

Op andere terreinen wordt reflexwerking sneller aanvaard. Zo treft men vaak reflexwerking aan van de lijsten onredelijk bezwarende bedingen³⁰, al is daarbij wel in sterke mate bepalend welke hoedanigheid de wederpartij van de gebruiker inneemt en welke omstandigheden een rol hebben gespeeld bij de contractsluiting.³¹ Zo oordeelde de Rechtbank Zwolle-Lelystad bijvoorbeeld dat aan een notariskantoor dat een van haar juristen heeft betrokken bij het aangaan van een overeenkomst met betrekking tot een telefoonsysteem geen beroep kan doen op reflexwerking van art. 6:236 onder b BW.

“Van een juridische professional (...) mag onder deze omstandigheden worden verwacht dat zij zich bij het aangaan van een dergelijke overeenkomst verdiept in de algemene voorwaarden die haar handelspartner hanteert.”³²

En de enkele omstandigheid dat er een verschil in professionaliteit is tussen partijen, rechtvaardigt nog niet automatisch de gelijkstelling van de minder professionele partij met een consument.³³

Reflexwerking van beschermende bepalingen uit de Wet oneerlijke handelspraktijken wordt in de praktijk evenmin uitgesloten, al dient dat wel van geval tot geval te worden beoordeeld. Ook hierbij spelen weer in belangrijke mate een rol: de verhouding tussen partijen, de omstandigheden rondom de contractsluiting en de vraag of de kwestie op het eigenlijke terrein ligt van degene die een beroep doet op de reflexwerking.³⁴

2.4. De reflexwerking als omstandighedentoets

Zowel vanuit de sociale beschermingsgedachte - ongelijkheidscompensatie omdat het niet te rechtvaardigen is dat een partij de andere partij volledig aftroeft op financiële mogelijkheden of kennis van het recht - als vanuit de economische beschermingsgedachte, is te rechtvaardigen dat de bescherming wordt doorgetrokken als blijkt dat de kennisachterstand of de gebrekkige financiële mogelijkheden de kleine ondernemer weerhoudt van het aangaan van transacties met grote partijen.

Bij de toekenning van reflectie aan een consumentenbeschermende bepaling komt het dus sterk aan op de omstandigheden van het geval.³⁵ De diversiteit van denkbare gevallen pleit tegen het wettelijk uitbreiden van de reikwijdte van consumentenbeschermende bepalingen. Zo overweegt de wetgever bij invoering van de Boeken 3, 5 en 6 NBW dat tussen alle denkbare commerciële contracten zulke grote verschillen bestaan dat het niet verstandig zou zijn om de grijze lijst daar steeds gelijkelijk op van toepassing te verklaren. De wetgever “*ontken[t] niet dat er ook op deze gebieden behoefte kan zijn aan een zekere bescherming tegen onredelijke bedingen (...)*”, maar overweegt dat deze bescherming via de open norm van art. 6:233 onder a BW zou moeten verlopen. Daarbij kunnen de grijze en zwarte lijst reflexwerking uitoefenen, “*waarbij acht kan worden geslagen op de aard van de overeenkomst, de onderlinge verhouding van partijen en de andere omstandigheden van het geval.*”³⁶

Voordat daadwerkelijk tot reflexwerking wordt overgegaan, moet bezien worden in hoeverre daarvoor een rechtvaardiging is gelegen in de hoedanigheid en omstandigheden rond de wederpartij. Bij kleine verenigingen en stichtingen ligt reflexwerking voor de hand. Bij de professionele wederpartijen is van belang of zij een met een consument materieel vergelijkbare positie³⁷ innemen: de grootte (zzp-er

v. klein bedrijf met 20 werknemers)³⁸ en financiële positie spelen hierbij een rol. De enkele omstandigheid dat het om een kleine onderneming gaat, zonder personeel anders dan de directeur, is soms echter onvoldoende, omdat daarmee nog niet is gegeven dat deze onderneming een met de consument (financieel en/of qua kennis) vergelijkbare positie inneemt.³⁹ Beslissend is of bedrijfs- dan wel beroepsmatig wordt gehandeld (is er sprake van een winstoogmerk?). Gaat het om een in de uitoefening van een beroep of

bedrijf gesloten overeenkomst dan kan tot slot gewicht worden toegekend aan de aard van het geschonden belang (letsel- v. bedrijfsschade).⁴⁰ En aan een gebrek aan deskundigheid: dit kan blijken uit het feit dat de overeenkomst buiten het expertisegebied ligt⁴¹ of dat het om een eenmalige overeenkomst gaat⁴² die ook door een consument zou kunnen worden gesloten (typische consumentenovereenkomst). Reflexwerking ligt bij natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf overigens meer voor de hand dan bij rechtspersonen in de uitoefening van hun bedrijf.⁴³

Bovenstaande gezichtspunten geven enige structuur aan de reflexwerking zonder evenwel altijd nauwkeurig en consistent te worden toegepast. Hoe meer overeenkomsten de ondernemer vertoont met de consument, hoe meer aanleiding er zal zijn om ook de consumentenbeschermende bepalingen ten zijner aanzien toe te passen.⁴⁴ Er moet sprake zijn van een afweging.⁴⁵ Daarbij wordt overigens niet alleen betrokken in hoeverre de professionele partij een met de consument vergelijkbare positie inneemt, maar ook de concrete ongelijkheid tussen partijen. Hoe groter die ongelijkheid, hoe eerder er aanleiding is om aan de consumentenbeschermende norm reflexwerking toe te kennen.⁴⁶ De achterstand ten opzichte van de wederpartij moet volgens ons wel verschoonbaar zijn. Het lijkt ons niet het doel van het instrument 'reflexwerking' om een partij te hulp te schieten die bijvoorbeeld doelbewust bezuinigt op haar juridische afdeling.

3. Procesrechtelijke voordelen voor de consument

Hoeveel bescherming een consument ook moge worden toegekend, als hij niet in staat is om deze rechten te effectueren, blijft hij in een achtergestelde positie verkeren. En als die extra rechten en, in het verlengde daarvan, het opheffen van die ongelijkheid nu juist bedoeld zijn om ervoor te zorgen dat de consument grensoverschrijdend aankopen doet en diensten afneemt - en in een breder verband tot een goedwerkende interne markt moet leiden - ontkomt men niet aan de gedachte dat er een mechanisme moet worden gevonden om de consument ook daadwerkelijk van die bescherming te kunnen verzekeren.

Als de aan de consument toebedeelde rechten voortkomen uit consumentenbeschermende EU-richtlijnen kan de ambtshalve toepassing van die rechten uitkomst bieden. De redenering is dan als volgt. Consumentenbeschermende EU-richtlijnen beogen de consument te voorzien van een extra bescherming en die bescherming moet effectief zijn, wil het doel van de richtlijn behaald worden. Het inroepen van een consumentenbeschermende bepaling kan niet worden overgelaten aan de consument zelf. Het komt immers geregeld voor dat een consument niet verschijnt in het geding, bijvoorbeeld omdat de daaraan verbonden kosten de consument afschrikken, en als hij al in het geding verschijnt, is hij vaak niet in staat om zelf een juridisch degelijk onderbouwd betoog te houden. De consument verkeert, met andere woorden, in een achtergestelde positie, zowel economisch als qua kennis. In het kader van de consumentenbeschermende EU-richtlijnen wordt dit geacht het geval te zijn. Kortom, zelfs als de consument in het concrete, voorliggende geval wel over voldoende kennis of financiële mogelijkheden beschikt, komt hem niettemin de bescherming krachtens de EU-richtlijnen toe.⁴⁷

De rechter dient in dergelijke gevallen ambtshalve in te grijpen teneinde de consument van de hem toebedeelde bescherming te voorzien.⁴⁸ En dat ingrijpen is niet beperkt tot ingrijpen binnen de grenzen van de rechtsstrijd. De rechter dient ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden teneinde de consumentenbeschermende bepaling te kunnen toepassen. Zodra de rechter over de benodigde gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt, dient hij invulling te geven aan de verplichting om ambtshalve het consumentenrecht toe te passen.⁴⁹ Hij dient zich ook niet zonder meer te beperken tot de gegevens die partijen in het dossier opnemen, maar heeft een onderzoeksplicht. Van hem mag dus worden verwacht dat hij zijn instructiebevoegdheden inzet om de noodzakelijke gegevens zoveel mogelijk boven tafel te krijgen. Deze plicht geldt grosso modo evenzeer in appel.⁵⁰ Bij een geconstateerde inbreuk op een van de aan de consument

toebedeelde rechten dient de rechter daar zoveel mogelijk ambtshalve consequenties aan verbinden.⁵¹ Dan zou het bijvoorbeeld kunnen gaan om de ambtshalve vernietiging van een oneerlijk beding.⁵²

Procesrechtelijke consumentenbescherming voltrekt zich niet alleen via een ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende bepalingen. Traditioneel bevat ook het bewijsrecht veel consumentenbeschermende bepalingen, zoals bijvoorbeeld bewijsvermoedens, waarvan een voorbeeld te vinden is in art. 7:18, lid 2 BW, art. 6:193j, leden 1 en 2 BW, art. 6:236 en 237 BW of een omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁵³ Naast het bewijsrecht kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan een onderwerp als proceskosten. Doorgaans zijn de griffierechten voor natuurlijke personen lager en ook bij een veroordeling in de kosten zal mee worden gewogen dat het een consument betreft. Vaak zijn ook de in acht te nemen formaliteiten van geringer aard. Zo kan een consument in een procedure voor de sector kanton mondeling concluderen.⁵⁴ De consument heeft ook het recht om een zaak aan te brengen voor de rechter van zijn woonplaats, zo volgt uit art. 101 Rv. En op grond van art. 108, lid 2 Rv is een forumkeuze in een consumentengeschil in beginsel niet toegestaan. Een uitzondering hierop vormt de situatie dat de forumkeuze wordt gemaakt na het ontstaan van het geschil of wanneer de consument voor de aangewezen rechter verschijnt. De naleving van deze bepaling wordt ambtshalve getoetst door de rechter (vgl. art. 110, lid 1 Rv).

Kan de kleine professionele partij die in aanmerking komt voor reflexwerking van consumentenbeschermende bepalingen ook aanspraak maken op dergelijke procesrechtelijke 'voordelen'?

4. Reflexwerking van procesrechtelijke bescherming

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat de consumentenbeschermende bepalingen soms een bredere reikwijdte kan worden toegekend, maar dat zulks in sterke mate afhangt van de omstandigheden van het geval. Valt de kleine professionele partij bijna te vereenzelvigen met de consument? Om welk soort contract gaat het en valt dat binnen de normale bedrijfsvoering van de professionele partij of behoort het tot de reguliere ondernemersactiviteiten? Waar we in het voorgaande spraken over de reflexwerking van wettelijke consumentenbeschermende bepalingen van materieelrechtelijke aard, is thans de vraag aan de orde in hoeverre ook de (veelal bijbehorende) procesrechtelijke bescherming die de consument wordt geboden kan worden doorgetrokken naar de professionele partij?⁵⁵

Uit de geraadpleegde jurisprudentie betreffende de reflexwerking blijkt dat de lat voor het doortrekken van deze procesrechtelijke bescherming duidelijk hoger ligt dan de lat voor het doortrekken van de materieelrechtelijke bescherming. Procesrechtelijke bescherming wordt weleens via de band van de materieelrechtelijke bescherming toegekend. Zo kan worden gewezen op reflexwerking van bepalingen die de bewijspositie van de consument versterken. Soms is een verwijzing naar een van de in termen van bewijslast gunstige lijsten (in combinatie met de vaststelling dat sprake is van een grote gelijkenis met een consument) voldoende om een beding als onredelijk bezwarend aan te merken. Andere omstandigheden van het geval worden niet meegewogen binnen de toets van art. 6:233 aanhef en onder a BW⁵⁶ en in een enkel geval blijft de verwijzing naar de open norm zelfs uit.⁵⁷ In de eerste zaak waarin reflexwerking werd toegekend aan de Wet OHP is in het bijzonder reflexwerking uitgegaan van art. 6:193j, lid 1 BW.⁵⁸

Dat de procesrechtelijke bescherming ook veel verder kan gaan, blijkt uit de volgende drie uitspraken. De Rechtbank Rotterdam zag in een handelszaak tussen twee professioneel opererende partijen aanleiding om *'op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen (93/13/EEG) (...) ambtshalve te beoordelen of artikel 7.1 van de overeenkomst onredelijk bezwarend is'*. Zij voegt hieraan toe dat *'de bescherming van de Richtlijn weliswaar uitsluitend toe(komt) aan consumenten, welk begrip door het Europese Hof van Justitie strikt wordt opgevat - een ondernemer die handelt in de uitoefening van*

zijn bedrijf wordt daaronder niet begrepen -, maar (dat) [gedaagde] in het onderhavige geval materieel niet of nauwelijks van een consument (is) te onderscheiden'.⁵⁹ De kleine professionele partij had in deze zaak weliswaar 'aangevoerd dat de verbrekingsvergoeding van 60% van de resterende maandtermijnen buiten proporties is' maar hij had nagelaten de vernietigbaarheid van art. 7.1 van de overeenkomst grond van art. 6:233 aanhef en onder a BW in te roepen. De vraag is evenwel of de omweg via de richtlijn in deze zaak nodig was. Een aanvulling van de rechtsgronden op grond van art. 25 Rv is in de B2B-verhouding mogelijk zonder aan de Europeesrechtelijke ambtshalve toetsingsverplichting te hoeven refereren. Dat de rechter dit evenwel doet, zou kunnen getuigen van zijn bereidheid om reflexwerking toe te kennen aan een Europeesrechtelijk beschermingsmechanisme dat is voorbehouden aan de consument. Helaas kan uit deze zaak niet worden opgemaakt of de kleine zelfstandige dezelfde bescherming had genoten, als hij helemaal niets had aangevoerd omtrent de toelaatbaarheid/geldigheid van het beding.⁶⁰ Uitspraken waarin een dergelijke (vergaande) bescherming wordt geboden, zijn ons niet bekend.

In een eerdere uitspraak van de Rechtbank Middelburg is eveneens sprake van een ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden ten behoeve van de kleine professionele partij.⁶¹ Anders dan in de Rotterdamse uitspraak werd in deze uitspraak niet naar de Europeesrechtelijke toetsingsverplichting gewezen. De rechter geeft aan in de stellingen van gedaagde een beroep op vernietigbaarheid te lezen en de rechtsgronden om die reden aan te vullen. Bijzonder in de Middelburgse zaak is dat deze aanvulling bestaat uit de ambtshalve toekenning van reflexwerking aan een definitie van de grijze lijst. De rechter licht toe 'dat hoewel [gedaagde] niet is aan te merken als een 'consument', nu zij de onderhavige overeenkomst is aangegaan in de uitoefening van haar bedrijf, (er) voldoende grond (bestaat) om reflexwerking te verlenen aan het bepaalde in artikel 6:237 aanhef en onder k, van het Burgerlijk Wetboek. [Gedaagde] is klaarblijkelijk aan te merken als een kleine zelfstandige, voor wie het, op dezelfde voet als bij een consument, onwenselijk is te achten, dat hij te lang gebonden wordt aan (duur)-overeenkomsten'. Het beding dat voorziet in een automatische verlenging voor de duur van 2 jaar, indien niet uiterlijk twee maanden voor afloop van de eerste contractperiode van een jaar wordt opgezegd, wordt ambtshalve vernietigd.

De bereidwilligheid om de kleine professionele partij ook buiten het terrein van de onredelijk bezwarende bedingen te hulp te schieten, kan worden herkend in een uitspraak van de Rechtbank Roermond. In deze zaak - wederom een gevalletje acquisitiefraude - komt de kantonrechter de in persoon procederende kleine professionele partij tegemoet door de gesloten overeenkomst te scharen onder de regeling van de koop op afstand (art. 7:46a BW e.v.) en door ambtshalve de opzeggingsstermijn te verlengen met drie maanden (art. 7:46d BW). Eiseres zou haar informatieplichten jegens de koper hebben geschonden en de vrij late 'ontbinding' van de overeenkomst door gedaagde viel nog binnen de 'verlengde termijn waarbinnen gedaagde de overeenkomst kan opzeggen'. De rechter stelt dat de koper met ontbinding opzegging heeft bedoeld en dat 'aan het (niet-juridische) taal(gebruik) door gedaagde (...) niet te zwaar getild' moet worden.⁶²

Bedacht dient te worden dat deze vleugjes van activiteit spaarzaam zijn in de rechtspraak over de reflexwerking van procesrechtelijke consumentenbescherming. Meestal wordt de ondernemer die nalaat zich op de vernietigbaarheid van een beding te beroepen niet snel tegemoetgekomen⁶³ en wordt reflexwerking niet snel 'ambtshalve' toegekend.⁶⁴ De kleine ondernemer wordt meestal verplicht om zelf de voor de toepassing van de consumentenbeschermende bepaling benodigde informatie over te leggen en zo nodig te bewijzen.⁶⁵ Ook in appel lijken de normen niet minder strikt te worden toegepast in zaken die in aanmerking komen voor reflexwerking.⁶⁶ Hoewel de vraag naar de procesrechtelijke reflexwerking soms bevestigend beantwoord wordt, is een andere redenering dus goed voorstelbaar.

Argumenten die dwingen tot het toekennen van een vergelijkbare vorm van materieelrechtelijke bescherming kunnen niet *mutatis mutandis* worden doorgetrokken naar de procesrechtelijke bescherming. Daar vormt de grondslag immers niet of er een

bepaalde ongelijkheid moet worden opgeheven (de materiële vraag), maar of zonder een extra vorm van bescherming het reële gevaar bestaat dat de materieelrechtelijk toegekende rechten niet worden uitgeoefend. Bij een consument wordt dit gevaar verondersteld te bestaan en wordt hij daarom procesrechtelijk bijgestaan. Zoals reeds bleek in paragraaf 3 kan die bijstand in verschillende vormen plaatsvinden. Soms wordt de bewijslast omgekeerd, soms wordt in het voordeel van de consument een bewijsvermoeden aanvaard (vgl. bijvoorbeeld art. 7:18, lid 2 BW) en in een groot aantal gevallen wordt de consument met behulp van de ambtshalve toepassing van de consumentenbeschermende norm tegemoetgekomen, niet zelden buiten de grenzen van de rechtsstrijd. De rechtvaardiging voor deze procesrechtelijke bescherming is gelegen in het feit dat de consument in abstracto geen juridische kennis heeft en om financiële redenen ervan afziet om zijn recht geldend te maken. Zonder extra procesrechtelijke bescherming heeft hij niets aan de hem toebedeelde materieelrechtelijke bescherming. Het gevolg zou dan zijn dat hij wel een recht heeft, maar een effectief rechtsmiddel ontbeert.

In hoeverre zal het echter voor de, zich voor reflexwerking kwalificerende, professionele partij lastig zijn om haar recht te halen? Dat zal in sommige gevallen net zo lastig zijn als bij de consument. Het lijkt ons dan bepaald niet onredelijk om haar in dergelijke situaties ook procesrechtelijk tegemoet te komen. Dan dwingt de uit de art. 6 en 13 EVRM voortspruitende eis van een voldoende effectief rechtsmiddel ook tot die conclusie. Vervolgens rijst de vraag hoe de reflexwerking van formeel consumentenrecht vorm krijgt. Dat zal langs de weg van de open normen en discretionaire bevoegdheden van de rechter moeten gaan. In de bewijs sfeer kan de kleine professionele partij in grote mate tegemoet worden gekomen, wellicht bijna net zozeer als de echte consument. Immers, met de open norm van art. 150 Rv dat uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling kan voortvloeien, kan de rechter in een concrete casus voldoende maatwerk leveren. En dan geldt in iets mindere mate bijvoorbeeld ook voor rechterlijke vermoedens.⁶⁷ In het algemeen is de rechter overigens vrij in de bewijswaardering en ook dat biedt enige ruimte om rekening te houden met het feit dat een van de partijen een met de consument vergelijkbare positie inneemt.

Ten aanzien van de ambtshalve toepassing van consumentenbeschermende bepalingen is de ruimte veel geringer. Dat zulks in veel consumentenzaken buiten de grenzen van de rechtsstrijd geschiedt, komt voort uit jurisprudentie HvJ EU en verdraagt zich niet met art. 24 Rv. In niet-consumentenzaken lijkt voor een dergelijke lijn, ook als een van de professionele partijen in grote mate gelijkenis vertoont met een consument, geen tot weinig ruimte te bestaan. Wel zou de rechter met de inzet van instructiebevoegdheden die hij ambtshalve kan aanwenden, enige feiten boven tafel kunnen proberen te krijgen, mits de inzet van die bevoegdheid wel in het verlengde van het partijdebat ligt.

In veel meer gevallen zal er echter materieelrechtelijk misschien wel aanleiding zijn voor ongelijkheidscompensatie door middel van reflexwerking, maar hoeft daar procesrechtelijk niet onmiddellijk reden voor te zijn. Dan zal de kleine professionele partij er vaak zelf ook al een beroep op hebben gedaan en wel over de kennis beschikken om de juiste norm aan te wijzen maar enkel behoefte hebben aan uitbreiding van die norm naar zijn situatie. In principe heeft de rechter dus via de weg van bewijs voldoende mogelijkheden om de met de consument gelijk te stellen professionele partij enigszins tegemoet te komen. Hij dient dan alleen wel eerst voldoende gemotiveerd gesteld te hebben, vermoedelijk ook dat hij zich bevindt in een met de consument vergelijkbare positie. En daar zit nu net de crux. In veel gevallen zal dit geen problemen opleveren, maar waar dat wel gebeurt, kan de rechter weinig ambtshalve betekenen voor deze kleine professionele partij.

5. Op zoek naar een balans

Aan de ene kant komt de consument dus zeer vaak een procesrechtelijk voordeel toe, ook als hij dit op zichzelf beschouwd niet behoeft. Zelfs als de consument beschikt over voldoende juridische kennis en financiële middelen schiet de rechter hem te hulp. In de verhouding tussen de consument en een zelfstandig opererende professionele wederpartij behoeft het echter niet steeds zo te zijn dat de consument in het geheel niet

in staat is om invloed uit te oefenen in de fase waarin het contract wordt opgesteld. En het hoeft ook niet steeds zo te zijn dat de consument over substantieel minder kennis of financiële middelen beschikt.

Aan de andere kant zijn de mogelijkheden voor de rechter om een kleine professionele partij te hulp te schieten waar dit noodzakelijk is, beperkt. Nu dient hierbij aangetekend dat het onze stellige overtuiging is dat dit niet tot een groot aantal schrijnende situaties aanleiding geeft - meestal weet de met de consument vergelijkbare professionele partij de vinger prima op de zere plek te leggen - maar het is niet uit te sluiten dat in incidentele gevallen geen procesrechtelijke bescherming wordt verleend waar zulks wel rechtvaardiger zou hebben aangevoeld.

Natuurlijk is er altijd een bepaalde ongelijkheid tussen partijen. Wij zouden zeker niet steeds willen ingrijpen. Maar als de ongelijkheid tussen partijen van dien aard is dat moet worden geoordeeld dat zonder procesrechtelijke tegemoetkoming de materiële reflexwerking geen effect sorteert, zou de kleine professionele partij die bescherming niet moeten worden onthouden, terwijl hij die wel had gekregen als hij als consument was opgetreden. Het probleem dat kleine professionele partijen een beschermingstekort zouden kunnen ondervinden, zou kunnen worden opgelost door de bescherming ook (wettelijk) aan hen toe te kennen.

Voorzichtig zou gedacht kunnen worden aan een herijking van de definitie 'consument'.⁶⁸ Het zou bijvoorbeeld 'beschermingswaardige partij' kunnen worden, waarmee nog steeds, en sterker: veel meer, partijen beschermd worden die daar op zichzelf behoefte aan hebben. Wij vinden het veel meer voor de hand liggen om een partij in bescherming te nemen die daar concreet behoefte aan heeft en niet, zoals nu bijvoorbeeld bij consumenten geschiedt, een bepaalde groep in abstracto als zwakkere partij te definiëren. Dat is ook meer gebaseerd op de aan veel beschermingsregelingen ten grondslag liggende *equality of arms*-gedachte. Op die manier wordt aangehaakt bij de ongelijke verhouding tussen partijen en dan vooral wanneer dat een onredelijke balans oplevert. Hiermee is geenszins de bedoeling de consument in een substantieel aantal gevallen van zijn bescherming te beroven. In tegendeel, wij zien terdege in dat de consument in concreto meestal zal voldoen aan de eigenschappen die hem - bijvoorbeeld door het HvJ EU - vaak in abstracto worden toegedicht. De oplossing om de consument toch voldoende te kunnen beschermen zou dan een (door de wederpartij te weerleggen) *vermoeden* van ongelijkheid c.q. beschermingswaardigheid zijn.

Op die manier kan ook worden verzekerd dat de verplichtingen die het HvJ EU in het kader van de jurisprudentie over de ambtshalve toepassing van consumentenrecht op de nationale gerechten heeft gelegd, in voldoende mate worden nageleefd.⁶⁹

6. Conclusie

In deze bijdrage hebben we geprobeerd een aanzet te geven tot het vullen van een leemte in de juridische literatuur. Over reflexwerking is veel geschreven. Dat gaat vrijwel altijd over de vraag in hoeverre de inhoudelijke bescherming ook aan andere partijen dan consumenten toe zou moeten komen.

De vraag in hoeverre die andere partijen dan ook aanspraak zouden moeten mogen maken op de aan de consument toekomende procesrechtelijke bescherming wordt daarbij zelden aan de orde gesteld. Wij hebben geprobeerd te laten zien dat de eerste gedachte, dat de reflexwerking ook naar het procesrecht kan worden doorgetrokken, nuancering verdient.

Voetnoten

1 Het betreft dan de zogenaamde B2C-overeenkomsten (vgl. bijvoorbeeld (niet limitatief): E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, Mon. BW, Deventer: Kluwer 2013, nr. 1; M.B.M. Loos, 'Consumentenbescherming en het optionele instrument van contractenrecht', *MvV* 2011, p. 192).

2 Vgl. Nota naar aanleiding van het verslag, Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 983, nr. 8, p. 15.

- B. Wessels, 'Reflexies bij reflexwerking', *Privaatrecht Aktueel* 1996/6240, p. 726. Zie voorts, niet-limitatief: E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, Mon. BW, Deventer: Kluwer 2013, nr. 10; H. Wilt, 'Acquisitiefraude: over spookfacturen en het verkopen van knollen voor citroenen', *MvV* 2013, p. 105-113; Hondius/Hondius, *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011, p. 106 e.v.; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Mon. BW, Deventer: Kluwer 2010, nr. 31 en 32; Wessels, Jongeneel & Hendrikse (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, m.n. hoofdstuk 17; A.G. Castermans, 'Misleidende omissie bij het aangaan van overeenkomsten - Reflexwerking van de regeling oneerlijke handelspraktijken', *MvV* 2010, p. 202-207; J.J.C. Verdel, 'Bescherming van niet-consumenten door het ontstaan van reflexwerking van de 'zwarte lijsten' uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008, p. 34-41; C.E. Drion, 'Een pamflet voor het fundamenteel op de schop nemen van onze regelgeving over algemene voorwaarden', *Contracteren* 2007, p. 2-4 (m.n. 3); R.R.R. Hardy, 'Differentiatie in de regulering van algemene voorwaarden in het Europees contractenrecht', *VrA* 2007, p. 22 e.v.

Hierbij dient wel aangetekend te worden dat de consument veelal het recht heeft om zijn zaak voor te leggen aan een geschillencommissie, waar laagdrempeliger procedures gelden. Vgl. *Kamerstukken I*, 2013-2014, 3370, P; *NJB* 2013/1765. De recente ADR-richtlijn breidt de toegang tot geschillencommissies verder uit.

Vgl. bijv. art. 7:18, lid 2 BW.

Zo zijn de proceskosten voor een consument bijvoorbeeld lager door lagere griffierechten en heeft hij vaak de mogelijkheid om zonder bijstand van een procesvertegenwoordiger te procederen. Vgl. A.W. Jongbloed, 'Burgerlijk procesrecht voor de individuele consument', in: Hondius/ Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011, p. 509-534.

Vgl. bijvoorbeeld voor consumentenkoop resp. algemene voorwaarden: HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/12, *RvdW* 2013/1411 (Hueros); HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse).

Vgl. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 520, nr. 7, p. 14-15, waar het de kosten betreft van de in de Implementatiewet Richtlijn consumentenrechten opgenomen schriftelijkheidseis, zoals deze vast zal worden gelegd in art. 6:230v BW (vgl. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 520, nr. 2).

Vgl. O. Bar & Gill & O. Ben & Shahrar, 'Regulatory techniques in consumer protection: A critique of the common European sales law', *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, p. 109.

Vgl. G.J. Rijken & E.H. Hondius, *Handboek consumentenrecht: een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Zutphen: Paris 2011. In de serie Monografieën BW kan op het (compactere) werk van Hondius worden gewezen: *Consumentenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Vgl. bijv.: J.G.J. Rinkes, 'Europees consumentenrecht', in: Hondius/Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen : Paris 2011, p. 31.

De consumentenbescherming is als doelstelling (art. 169 VWEU) onderhevig aan de interne markt doelstelling omdat slechts op grond hiervan richtlijnen en verordeningen kunnen worden ontworpen (art. 114 VWEU): vgl. nr. 3 van de Considerans bij de Richtlijn consumentenrechten.

Hondius 2013, p. 12 (nr. 7); G. Biardeaud & Ph. Flores, 'L'office du juge et le crédit à la consommation', *Le Dalloz* 2009, p. 2227-2228; G. Poissonnier, 'Office du juge en droit de la consommation, une clarification bienvenue', *Le Dalloz* 2008, p. 1290-1291; Rapport (nr. 111 van 07/08) van M. Gérard Comu voor de *Commission des affaires économiques* van 5 december 2007.

Reflexwerking is als concept niet beperkt tot het consumentenrecht. Vgl. bijvoorbeeld recent de Nota naar aanleiding van het verslag met betrekking tot de Wet Auteurscontractenrecht, *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 308, nr. 6, p. 2-

3.

- 15 Verslag mondeling overleg Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, *Kamerstukken II*, 1986-1987, 16 983, nr. 76a, p. 4-5.

Het Hof Amsterdam heeft geoordeeld dat er in de Colporagewet geen ruimte bestaat om ter bescherming van kleine ondernemers reflexwerking toe te kennen. Dit wordt in latere jurisprudentie bevestigd: “Een dergelijke, samenhangende bepaling met een open norm waarop ‘reflexwerking’ bij de Colportagewet gebaseerd zou kunnen worden, is er echter niet”, aldus Hof Amsterdam 11 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011: BU3275, rov. 4.3. Een norm voor reflexwerking bestaat niet. Vgl. ook Hof Den Bosch 12 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5307, rov. 4.4.10. De laatste jaren zijn een paar vorderingen tot ontbinding van slachtoffers van acquisitiefraude toegewezen op grond van de regeling koop op afstand: Rb. Groningen (sector kanton) 20 april 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ5238 en Rb. Roermond (sector kanton) 8 februari 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BV3729. Deze tot de consumentenkoop beperkte regeling (art. 7:46a onder c BW) kent echter evenmin een open norm waar reflexwerking op uitgeoefend kan worden.

- 17 *Parl. Gesch. Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1645, 1651, 1657, 1662.
- 18 *Kamerstukken II*, 2004-2005, 30 137, nr. 3, p. 7.
- 19 Brief Liberalisering energiemarkten, *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 982, nr. 5, p. 6.
- 20 R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1991, p. 286.
- 21 Rb. Rotterdam 11 november 1994, *S&S* 1995, 76.
- 22 Nadere memorie van antwoord Implementatiewet oneerlijke handelspraktijken, *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 928, nr. E, p. 6-7.
- 23 Aldus de minister op vragen van het lid Van Erp (VVD), *Handelingen II*, 1994-1995, 830, p. 1691.
- 24 Aldus de minister op vragen van het lid Gerkens (SP), *Handelingen II*, 2007-2008, 1454, p. 3113.

Zie recent overigens het door de leden Gesthuizen en Van Oosten ingediende initiatiefwetsvoorstel acquisitiefraude, *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 712, waarin wel wordt gekozen om in de wet vast te leggen dat de aan de consument toekomende bescherming ook geldt voor professionele partijen:

- 25 “Reflexwerking kan echter niet algemeen toegepast worden: de gedupeerde is steeds afhankelijk van een individueel oordeel van de rechter. Daarbij is niet duidelijk welke organisaties en bedrijven mogelijk voor bescherming op grond van de reflexwerking in aanmerking komen.” (MvT initiatiefwetsvoorstel acquisitiefraude, *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 712, nr. 3, p. 5). Vgl. over acquisitiefraude: H. van der Wilt, ‘Acquisitiefraude: over spookfacturen en de verkoop van knollen voor citroenen’, *MvV* 2013/4.

- 26 Nota naar aanleiding van het verslag Implementatiewet consumentenrechten, *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33 520, nr. 7, p. 12.

Hof ’s-Hertogenbosch 12 november 2013, ECLI:NL:GHSHE: 2013:5307, rov. 4.4.10. Het Hof Amsterdam heeft evenzeer geoordeeld dat er in de Colportagewet geen ruimte bestaat om ter bescherming van kleine ondernemers reflexwerking toe te kennen: “Een dergelijke, samenhangende bepaling met een open norm waarop ‘reflexwerking’ bij de Colportagewet gebaseerd zou kunnen worden, is er echter niet”, aldus Hof Amsterdam 11 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS: 2011:BU3275, rov. 4.3. De wetgever is aan zet, aldus het Hof Amsterdam 5 juni 2012, *NJF* 2012/369, rov. 2.4. Vgl. ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL: 2013:8111, *Prg.* 2014/45, m.nt. P.J.M. Ros, rov. 2.5; Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4662, rov. 4.17; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni

2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4397, rov. 4.19; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:1333, rov. 5.6; Rb. Almelo 27 november 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY4498, rov. 4.2; Rb. 's-Hertogenbosch 17 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP7379, rov. 5.2 en Rb. Middelburg (sector kanton) 11 november 2009, *NJF* 2010/177, rov. 9.

- Overigens wordt in eerste aanleg, zoals ook aangehaald door het hof, zo nu en dan wel anders geoordeeld. Vgl. bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV9536, rov. 4.2; Rb. Haarlem 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4703; Rb. Utrecht 28 juli 2010, *NJF* 2010/341, rov. 4.5; Rb. Amsterdam 16 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK5959, rov. 4.2; Rb. Breda 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4903, rov. 3.4-3.5 (waar reflexwerking niet categorisch wordt uitgesloten); Rb. Rotterdam (sector kanton) 11 januari 2006, *NJF* 2006/351, rov. 3.3-3.4. De Rechtbank Utrecht lijkt inmiddels van de opvatting dat reflexwerking mogelijk is terug te komen, getuige Rb. Utrecht (sector kanton) 30 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7619, rov. 4, al oordeelde het kort daarvoor nog anders: Rb. Utrecht 16 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV0780, rov. 4.1-4.4.
- 28 Rb. Groningen (sector kanton) 20 april 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ5238 en Rb. Roermond (sector kanton) 8 februari 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BV3729.
- Vgl. bijv. Rb. Almelo 27 november 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY4498, rov. 4.4; Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY9788, rov. 4.7; Rb. Middelburg (sector kanton) 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BL4051; Hof Amsterdam 27 mei 2004, *Prg.* 2004, 6249, rov. 3.6-3.7; Hof Leeuwarden 12 februari 2003, *NJ* 2003/277, rov. 2.6.
- 30 Ook Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:304 laat die mogelijkheid open, al werd het in dat geval niet aanvaard, hetgeen overigens ook geldt voor Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV2177, JA 2006/56.
- Vgl. Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1437, rov. 3.6; Hof Arnhem 8 februari 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP3743, rov. 4.30-4.31; Rb. Utrecht 4 augustus 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN3846, rov. 4.14; Rb. Middelburg (sector kanton) 11 november 2009, *NJF* 2010/177, rov. 12; Rb. Rotterdam 3 september 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF1947, rov. 5.7. Zie
- 31 ook de conclusie van A-G Wuisman voor HR 21 september 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7627, sub 3.10-3.11. In het kader van colportage treft men eenzelfde afweging in: Rb. Haarlem 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4703; Rb. Utrecht 18 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BR3527, rov. 1.7; Rb. Breda 12 augustus 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK4903, rov. 3.4-3.5.
- Rb. Zwolle-Lelystad 18 april 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AW2083, rov. 6;
- 32 Rb. Zwolle-Lelystad 13 juli 2005, ECLI:NL:RBZLY:AU6969, rov. 3.7. In deze lijn ook: Hof 's-Hertogenbosch 3 november 1997, *NJ* 1998/719, rov. 4.7.2.3 en Ktr. Zutphen 25 april 2000, *Prg.* 2000, 5497, rov. 3.3.
- 33 Rb. Haarlem (sector kanton) 18 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH7301.
- Zo weigerde de Rechtbank Noord-Nederland reflexwerking in algemene zin te aanvaarden (vgl. Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1615, *TvC* 2013-4, p. 181 e.v., m.nt. C.M.D.S. Pavillon, rov. 4.3.3-4.3.7). Saillant detail is dat deze uitspraak er in grote mate toe heeft bijgedragen dat er een initiatiefwetsvoorstel over acquisitiefraude is ingediend (vgl. noot 25). In het tevens voorgelegde, concrete geval aanvaardde de rechtbank de reflexwerking overigens wel (vgl. rov. 4.5.5-4.5.6 van voormelde uitspraak).
- 34
- 35 Vgl. de conclusie van A-G Spier voor HR 21 september 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA9610, sub 3.24.

- 36 MvA Invoeringswet Boek 3, 5 en 6 NBW, *Kamerstukken II*, 1983-1984, 16 983, nr. 5, p. 15-16.
- 37 Rb. Utrecht 19 januari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP2595, rov. 2.3.
- 38 Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012: BY9788.
- 39 Hof Amsterdam 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013: 3722, rov. 3.9.
- 40 Rb. 's-Hertogenbosch 14 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010: BN1403.
- 41 Rb. Utrecht 30 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011: BU7621, Rb. Almelo 27 november 2012, ECLI:NL:RBALM: 2012: BY4498.
- 42 Rb. Arnhem 13 januari 1994, NJkort 1994/16; TvC 1994, p. 360, m.nt. M.B.M. Loos.
- 43 Jac. Hijma, *Algemene Voorwaarden*, Mon. BW, Deventer: Kluwer 2010, nr. 32, p. 48.
- 44 Vgl. noot 28 en 31.
- Vgl. de afweging in Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1615, *NJF* 2013/120; TvC 2013, p. 181, m.nt. C.M.D.S. Pavillon, rov. 4.5.6.
- Vgl. de hiervoor aangehaalde jurisprudentie. Overigens is dit geheel anders dan in de eigenlijke consumentenzaken waar de ongelijkheid tussen de consument en zijn (kleine) professionele wederpartij (bijv. ZZP'er) er niet toe lijkt te doen (vgl. bijv. de conclusie van A-G Wissink van 21 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BY7854, sub 3.16.
- 46 Recent nog: HvJ EU 30 mei 2013, C-397/11, *NJ* 2013/486, m.nt. M.R. Mok (Jörös), pt. 25-28; HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse), pt. 38-41. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *RvdW* 2013/1060. Vgl. A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toepassing van art. 6:233 BW (onredelijk bezwarende bedingen) volgens HR 13 september 2013, *RvdW* 2013/1060 (Heesakkers/ Voets)', *WPNR* 2013/6996.
- 47 Overigens roept de recente Hueros-zaak de vraag op of deze bescherming geldt ten aanzien van alle consumentenbeschermende EU-richtlijnen. Het antwoord lijkt ontkennend te moeten luiden (vgl. HvJ EU 3 oktober 2013, C-32/13, n.n.g.).
- 48 HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (Pannon), pt. 32;
- 49 Vgl. A.G.F. Ancery, 'Ambtshalve toepassing van consumentenbeschermend EU-recht', *MvV* 2013/12 voor een uitgebreidere analyse op dit punt.
- 50 Soms vermeldt de richtlijn niet uitdrukkelijk om welk gevolg het zou moeten gaan en wordt het ambtshalve toepassen van die consequentie moeilijk. Vgl. HvJ EU 17 december 2009, C-227/08, *Jur.* 2009, p. I-11939, *NJ* 2010/225, m.nt. M.R. Mok (Martín Martín), pt. 32-35.
- 51 HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (Pannon), pt. 28; HvJ EU 15 maart 2012, C-453/10, *NJ* 2012/330, m.nt. M.R. Mok (Perenicova), pt. 29-36; HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, *NJ* 2012/512, m.nt. M.R. Mok (Banco Espanol/Camino), pt. 60-73.
- 52 Vgl. bijvoorbeeld: A.W. Jongbloed, 'Burgerlijk procesrecht voor de individuele consument', in: Hondius/Rijken, *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Paris 2011, p. 514-516.
- 53 Vgl. art. 82, lid 2 Rv, overigens een algemene kenmerk van de procedure voor de sector kanton en niet specifiek ter bescherming van de consument opgesteld.
- 54 Vgl. E.H. Hondius, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden: het Europese Hof van Justitie spreekt zich uit', *WPNR* 2000/6417, nr. 6, p. 652.
- 55 Rb. Utrecht 19 januari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP2595, rov. 2.3.
- 56

- 57 Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 2008, ECLI:NL:RBSHE: BC9287.
- 58 Rb. Groningen 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ 1615; *TvC* 2013, p. 181-186 m.nt. Pavillon (MKB-Nederland/ Holland Internet Group).
- 59 Rb. Rotterdam 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011: BV9536, rov. 4.7
In dergelijke gevallen zou de consument immers wel bescherming genieten.
Vgl. bijv. HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2008:243, *NJ* 2009/395,
60 m.nt. M.R. Mok (Pannon) en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691
(Heesakkers/Voets).
- 61 Rb. Middelburg (sector kanton) 28 oktober 2009, ECLI:NL:RB MID:2009:BL4051.
- 62 Rb. Roermond (sector kanton) 8 februari 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BV3729.
- 63 Rb. Zutphen 20 juni 2002, ECLI:NL:RBZUT:2002:AE4997, rov. 8.25-8.26.
- 64 Zie echter Rb. Dordrecht 12 juni 1996, A&V 1996, p. 87.
Vgl. Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014: 304, rov. 3.5.3
; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI: NL:GHARL:2013:4397, rov.
4.12; Rb. Almelo (sector kanton) 27 november 2012,
ECLI:NL:RBALM:2012:BY4498, rov. 4.4; Rb. Amsterdam (sector kanton) 29
65 augustus 2012, ECLI:NL: RBAMS:2012:BY1331, rov. 10; Rb. 's-Gravenhage
15 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU4668. In deze zin al: Conclusie
A-G De Vriesch Lentsch-Kostense van 21 september 2001,
ECLI:NL:PHR:2001:AD3956, sub 13.
- 66 Hof 's-Hertogenbosch 12 november 2013, ECLI:NL:GHSHE: 2013:5307, rov.
4.4.4.
- 67 Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2013/303.
- 68 Overigens iets waar de regering nog niet toe bereid lijkt te zijn: *Kamerstukken*
II, 2012-2013, 33 520, nr. 7, p. 12.
- 69 Waarover: Ancery 2013.